

ADVOCATA NOSTRA.

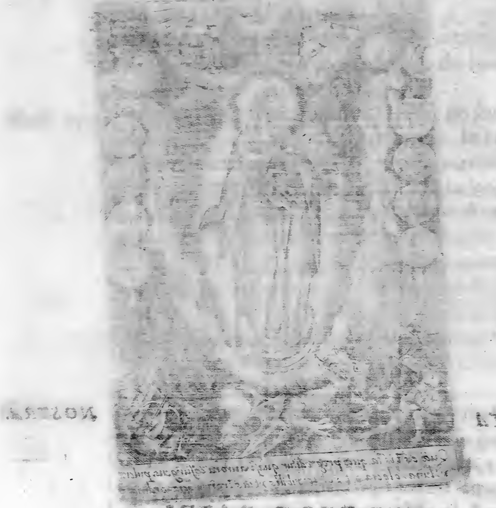
TERCERO PAPEL.

POR

LA CASA DE LA MISERICORDIA DESTA CIVDAD, PATRONA DE LA DISPOSICION TESTAMENTARIA DE IVAN DE LA FVENTE ALMONTE, CAVALLERO DE LA ORDEN DE SANTIAGO.

CON

D. FRANCISCO DOMONTE ROBLEDO CAVALLERO DE DICHA ORDEN, PADRE DE DON DIEGO DOMONTE Y ERASO.



ADVOCATA NOSTRA.

TERCERO PAPEL.

POR

LA CASA DE LA MISERICORDIA DESTA CIVDAD, PATRONA DE LA DISPOSICION TESTAMENTARIA DE IVAN DE LA PVENTE ALMONTE, CAVALLERO DE LA ORDEN DE SANTIAGO.

CON

D. FRANCISCO DOMONTE ROBLEDO CAVALLERO DE DICHA ORDEN, PADRE DE DON DIEGO DOMONTE Y ERASO.

N. 1. A VIENDOSE visto este pleito en el Iuizio de la propriedad se ha dado traslado de dos papeles de D. Francisco Domonte Robledo; el vno en respuesta del primero de la Casa, en el juizio possessorio, y el otro fundando el derecho de la propriedad en la vna parte dèl, y el resto es replicato del segundo que se escrivio por la Casa en el dicho juizio possessorio. Y aunque lo dilatado destos informes requeria muy largo escrito, ay para abreviarle dos razones: La vna el deseo de no repetir lo que se ha dicho, y hablar solo en el punto; y la otra no parecer que informando a V. S. por la disposicion testamentaria de Iuan de la Fuente Almonte, devo exceder, ni en sustancia, ni en estilo de las defensas que asisten à su justicia, aunque con el estudio que pide sustentar la voluntad vltima de vn difunto, cuya disposicion fue su mayor cuidado, como de su execucion lo es de la Casa de la Misericordia, vt merito cum Valerio Maxim. *lib. 7 cap. 7.* exordiar: *vacemus nunc negotio, quod actorum hominis, & præcipua curæ, & vltimi est temporis.*

2 Vencido Don Francisco Domonte por executoria en el juizio possessorio, pone demanda á la Casa de la Misericordia por la propriedad de los bienes del vinculo que fundaron Iuan de la Fuente Almonte, y Doña Maria de Verastigui su muger. Repitiendo por fundamentos desta demanda, los que avia tenido para pedir la possession de los bienes del dicho vinculo, y para contradezir la que dellos pretendia la Casa de la Misericordia, en virtud, y en execucion del testamento de Iuan de la Fuente Almonte.

3 Por la Casa de la Misericordia se ha contestado la demanda tambien, con las mismas alegaciones que obtuvo en el juizio possessorio: pero añadiendo en el hecho todo lo que por instrumentos, y testigos tiene probado. Con que de necessidad la division deste discurso serà en dos cabeças principales; fundando primero el derecho de la obra pia, y satisfaciendo despues à los nuevos medios que de contrario se proponen en su tercero papel.

CAPITULO I.

Que la voluntad de Iuan de la Fuente Almonte, y de Doña Maria de Verastigui su muger, en la fundacion del vinculo, fue la misma que dispuso se guardasse Iuan de la Fuente Almonte en su testamento, y que faltandoles descendiente, se fundasse Patronato de obras pias en la Casa de la Misericordia, y que por esto le pertenecen los bienes al Patronato.

4 NO se pidiò por esta parte que se hiziesse memorial ajustado por el Relator, con otro fin, que el desear se trasladassen à él las probanças hechas por la Casa de la Misericordia; y no aviendolo podido conseguir, insiste siempre en suplicar à la Sala se

lean las deposiciones de los testigos, que estàn en lo sustancial, referidas muy por sumario en el memorial. Contestan pues muchos testigos, que son todos los domesticos que oy se hallan vivos de la familia de los Fundadores, *en averles oido siempre, que su voluntad era el que no teniendo descendientes Doña Maria Feliciana su hija, se hiziesse de sus bienes Patronato de obras pias en la Casa de la Misericordia, porque no querian que sucediesse en el vinculo pariente ninguno suyo.*

5 Con los dichos destos testigos convienen los tres Religiosos, Confessores en varios tiempos de Iuan de la Fuēte Almonte, q̃ deponen *averselo oido dezir, y aver comunicado con ellos, que esta avia sido la voluntad de su muger, y era la suya.* Y de la conformidad, y vnión de ambas voluntades, ay plenissima probança, sin ninguna en contrario, y el poder que adinvicem se dieron ambos para testar, y para fundar el vinculo, y revocarlo, vna, y muchas vezes. Y contestan todos los testigos, *en que Doña Maria de Verastigui, en treinta años que durò el casamiento, siempre estuvo tan conforme con su marido, que no tenia en nada mas voluntad que la suya.*

6 De lo discurrido pues en los dos papeles que he hecho por esta disposicion, solo deduzgo para començar este, que el señor Molina *de Hispan. primog. lib. 1. cap. 4.* Y Don Francisco Domonte Robledo en las defensas de su hijo, difieren en que el señor Molina solo hablò en fundacion defectuosa de llamamientos, y quiere se suplan por la verosimilmente del testador, en la perpetuidad del vinculo; y que esto se arguye de la palabra *Mayorazgo*, que quien lo funda parece llama a su familia. Sic D. Molin. *num.* 13. ibi: *Ideoque is, qui maioratum instituit, eo ipso quod ex aliquibus bonis se facere maioratum profitetur, bona ipsa in propria familia velle perpetuò cõservare censendus.* Esto pues que el señor Molina arguye por voluntad presumpta, se quiere hazer necessario en este pleito, y que los Fundadores (como se intenta en el vltimo papel) aunque no quisiessen, devieron llamar a sus parientes; y que llamandolos, ò no, siempre se entiende lo estàn.

7 A proposiciones tan duras obliga el hallarse con probança llena de la voluntad de los Fundadores. Millies repetitum, que en esta fundacion no ay cortedad, ni defecto en los llamamientos, antes bien plenissima disposicion de lo q̃ quisieron hazer Iuan de la Fuente Almonte, y su muger; pues despues de la hija llamaron à sus hijos, y descendientes, no solo los legitimos, sino los naturales tambien, en la forma que se dize en la fundacion. Si se quedàran en esto, que es el caso del señor Molina, correria su discurso: pero no es assi, sino q̃ previenen la contingencia de faltar la hija, y sus descendientes, y para en este caso dizen que reservan en los dos, y en qualquiera dellos la disposicion. Que es el termino restrictivo que exceptua, y salva el señor Molina *d. cap. 4. num. 35. vers. quidquid autem.* Diziendo, que la numeracion de personas en la fundacion del mayorazgo, no limita los llamamientos en los de la familia, *si non est ad positus alius terminus restrictivus.* Este termino fue la reserva contenida en la Clausula, pues fundando

dando en la hija, y llamados todos sus descendientes, reservan el llamar, y el disponer en los dos, y en qualquiera de los dos. Y assi restringieron toda la latitud, y emphasis de la palabra *Mayorazgo* (à que tanto defirio el señor Molina) para que no comprehendiesse familia, ni parientes, sino que quedasse reservada *à los Fundadores, y a qualquiera dellos*, y no a la doctrina del señor Molina, *la sucession destos bienes en las personas, obras pias, y con las divisiones que les pareciesse.*

7. La voluntad de Iuan de la Fuente Almonte parece por su testamento, y ser la misma la de Doña Maria de Verastigui, consta de la provança, y que la executò su marido, como noticioso de su voluntad. Y supuesto que la Clausula dize: *Que faltando sucession de Doña Maria Feliciana, suceda la persona, ò personas, y obras pias, y Patronazgos, con las divisiones, llamamientos, instituciones, vinculos, y gravamenes, y condiciones que pusieremos, vna, y muchas vezes; revocando, y alterando, &c.* Y acaban: *Para lo qual todo, reservamos en nos libre facultad, assi disponiendolo ambos juntos, como qualquiera de nosotros.* Venimos a estar por lo que toca a Iuan de la Fuente Almonte, en voluntad manifiesta por su testamento; y en quanto à la de su muger en termino del texto *in l. quem haeredi 25. ff. de rebus dub.* que en la disposicion reservada; y de que no consta por escrito, dize el texto assi: *Testatoris voluntas si quibusdam argumentis apparebit de quo dixit, adimplenda est.*

8 Ay pues que investigar en los actos humanos, el negativo, y el afirmativo; y con autoridad de San Agustin, dixo Antonio Fabro, *in iurisp. Papin. scient. tit. 4. princ. 6. illat. 6.* que no se puede dar voluntad dispositiva en el acto negativo, ait enim: *Quòd in agente libero, qualis homo est, ne quidem actum id intelligitur, quod agere nolluit is, qui egit, quia actus quilibet hominis incipit à voluntate.* Provado pues que nunca quiso Doña Maria de Verastigui llamar a este vinculo à sus parientes, ni a los de su marido, sino que no teniendo descendientes su hija, se hiziesse vn Patronato de obras pias en la Casa de la Misericordia; falta la voluntad que por presumpcion quiso deducir el señor Molina, por darse en la voluntad de la susodicha acto negativo, y contrario a la presumpcion, y à los parientes.

9 Pero no se quedó la voluntad en lo negativo, sino que passò à la firmeza, y constancia en que se á averiguado estuvo desde la fundacion del vinculo, hasta que muriò la dicha Doña Maria de Verastigui, de que faltandole descendientes a su hija, se hiziesse Patronato de los bienes en la Casa de la Misericordia. Dizenlo assi todos los testigos domesticos, y los Padres Confessores, de oidas a Iuan de la Fuente Almonte, que es el acto afirmativo, y de voluntad. Sigillatim ergo priùs de probatione, posteà de iure.

10 A estos testigos se opone la tacha, generalmente de que son esclavos, mulatos, y mulatas. Su condicion dellos, y ser libres se ajusta en el memorial, aunque los dos huviessen sido esclavos de los Fundadores. Y en quanto à las calumnias que contra sus deposiciones se oponen, y palabras injuriosas contra sus personas, lo ha dexado la Casa de la Mi-

sericordia en la justissima censura de la Sala, sin responder mas por alegacion, y solo ofreciendo segunda vez los mismos testigos al examen, ô ratificacion que se mandare hazer, si conviniere. Vtcumque à los testigos domesticos no se dà credito, ò porque los traxo de su casa el que los presenta, ò porque les puede mandar que depongan lo que èl quisiere. *l.6.l. testes.24.ff.de testib.* pero esto se entiende si esta tacha se padece por el testigo al tiempo que dize su dicho. *l.ad testium 22 §.1 ff.de testib.l.1.§.itē Mummio.12.ibi: Quia desierūt esse ipsius. cū §.seq. ff.de quæst.* vbi Bart. Tiraq. *tract.cessant.caus.liter.f.verb. famulitio.num.*104. plures à Gratian. *discept.forens.2 tom.cap.*374. *num* 4 Innumeri à Farinac. *de oppos.controv. test. q.55. num.32. & num.145.*

11 Con que no padeciendo la tacha los testigos, ni por la parte que los presentò, pues la Casa de la Misericordia no tenia imperio en ellos, para mandarles que depusiessen, ni por el tiempo del examen, pues ya no eran domesticos, antes el averlo sido al tiempo del hecho de que deponen, es mayor calidad, y circunstancia precisa para darles credito: suponiendo, que en la oposicion que los principales desta familia han hecho à la disposicion de Iuan de la Fuente Almonte, la Casa de la Misericordia no ha podido tener mas testigos que los domesticos, que deponen lo que oyerō a sus amos en las conversaciones domesticas; para cuya averiguacion en este caso, son los testigos mas idoneos. Arg.text.vulg. *in l.consensu 8.§ servis, C. de repud. l.quoties. 3.C.de naufrag.lib.11.cap.tertio loco 5. de probat. cap.veniens 38. de testib.* Textos que hablan en los domesticos actuales en el tiempo, que dizen por testigos, q̄ no hallando otros, pruevan plenamēte. Mascard. *de prob.t.1.cōclus.334.n.17.* Pero en los domesticos que no lo son al tiēpo del examen, se halla toda idoneidad; mayormente ayudados con las deposiciones de los Religiosos de autoridad, Confessores de Iuan de la Fuente Almonte, de quien no es de presumir faltasse à la verdad en lo que les comunicò, ni faltassen a ella tales sugetos en sus dichos, que por la calidad de Confessores, aun siendo singulares, hazian probança plena. Oliverio *decis.*1128 *& decis.*1177.

12 La probança cerca de dicha Doña Maria de Verastigui (vt diximus) es de la intencion que tuvo de no llamar a el vinculo a sus parientes, sino que faltandole descendientes a su hija, se hiziesse vn Patronato de obras pias en la Casa de la Misericordia. *Non solum ergo facto, sed ex eo, quod facere proposuit, cuiusdem voluntas declaratur, & interpretatur.* Fulgos. *in l.1.per text.ibi, C.de verb.sign,* quem laudat Casanat. *cons.47.num.7.* & ab vtroque D.D. Ioan. del Cast. *quotid. controv.lib.5.p.1.cap.107.num.20.* Y de las conversaciones, y palabras, que continuamente los domesticos le oyeron a dicha Doña Maria de Verastigui, se prueva la declaracion de su voluntad, y el proposito que tenia, para cuya prueva bastan dos testigos. DD. *in l.hæredes palàm 21.§.si post factum.ff.qui testam fac pos.* Mantic. *de coniectur. vltim.vol.lib.3.tit.1.nu.12.& 13. vbi etiam si testes sint mulieres.* & anteà dixerat Oldrad. *cons.297. num.7 &* 8.

13 En esta materia es insigne la conclusion que de los Autores de mayor

yor acierto deduxo el señor Castillo *quotid. controverſ. lib. 4. c. 18. num 41. & num 49.* con el texto *in l. quotiens. 9. § ſed ſi non in corpore. ff. de hær. inſt.* que de lo que ſe oyò à eſtos Fundadores fuera de la ſcritura en ſus converſaciones ſe prueba ſu voluntad. *Mantic. de tacit. & amb. convent. tom. 1. lib. 2. tit. 1. n. 6.* aun quando fuera contrario a lo ſcrito, que de ninguna manera lo es lo probado, pues aviendo reſervado el diſponer de los bienes, para en caſo que faltaſſe la hija ſin ſucceſsion, ſe prueba, que lo que quiſieron fue, que ſe fundaſſe vn Patronato en la Caſa de la Miſericordia.

14 Maximè, *quoniam deſideria morientium ex arbitrio viventium nõ ſine iuſta ratione colligimus.* ait text. *in l. 4. C. de natur. liber.* ſiendo la razon principal deſto, *nè fiat contra voluntatẽ*, inconveniente ſiẽpre en el mayor reparo del derecho. *l. verbis civilibus. 7. ff. de vulg.* El conocimiento pues de lo que quiſo obrar, y que ſe obraſſe con la dicha reſerva la dicha Doña Maria de Veraſtigui, eſtà probado en el acto negativo de que no ſucediessen en eſte vinculo los parientes, y en el afirmativo de q̃ ſe hizieſſe de los bienes Patronato de obras pias en la Caſa de la Miſericordia.

15 Bien al intento entiende eſtos textos Simon de Pretis. *de interp. vltim. volunt. lib. 1. interp. 2. dub. 2. ſolut. 10. num. 2.* diziendo: *Quod deſideria morientium colliguntur ex arbitrio viventium, ſcilicet eorumdemmet, quando viuant.* y concluye: *Quòd voluntas alicuius poſt mortem colligitur, & habetur ex eo quod dixit vel fecit intuita.* Y el ſeñor Caſtill. *quotid. controv. lib. 5. p. 1. c. 101. n. 5.* ſolo impugna a eſte Auctor, en quanto a ceñir la deciſion del texto. *in d. l. 4.* a las palabras, y procedimientos de aquel de cuya voluntad ſe trata, y no ampliar la deciſion tambien a el arbitrio de los teſtigos que depongã, *que ſaben aſsi obraria el difunto ſi viviera.* En nueſtro caſo vno y otro ſe articula, y vno y otro ſe prueba. *Ex his, & huiuſmodi apparet voluntatis quæſtionem Sabinum interpretatum.* ait Vlp. *in l. cum filio fam. 50. § ex his. ff. de leg. 3.* text. *in l. item legato. 49. §. item intereſt. ff. eod.* ibi: *Adſignaturus, ſi vixiſſet.* Porque como concluyen los teſtigos, ſegun lo que oyeron a Doña Maria de Veraſtigui, *ſiempre huviera hecho, ſi viviera el meſmo Patronato, que dezia ſe avia de hazer, y que hizo ſu marido.*

16 Con que la doctrina del ſeñor Molina, fundada en la preſumpcion, de que el que haze mayorazgo incluye ſu familia ſin expreſſar los llamamientos, es ſegun la opinion de tan grave Auctor, pero no ſe deve ſeguir ſino la deſtos Fundadores: porque dixo muy bien Accurſio, que no devemos atender la voluntad de vno *prout eſſe debuit, ſed ſecundum ſuam opinionem.* concluſion que deduce *ex leg. ſervo manumiſſo. 58. ff. de cond. indeb. l. qui habebat. 28. ff de reb. dub.* ſic ille *in l. quo loco. 20. §. 1. verb. alterum. ff. de hær. inſt.* Mant. & Sim. de Pret. laudati à Surd. *deciſ. 41. num 9.* Y aſsi aunque vinieramos en que conforme a la reſolucion del ſeñor Molina, ſeria mejor que huvieſſen llamado a eſte vinculo los dichos Iuan de la Fuente Almonte, y ſu muger, a todos ſus parientes, por ſer eſto mas natural, y conforme a las fundaciones de los mayorazgos: pero en la opinion de los fundado-

dores *Magis attenditur causa accidentalis, quàm naturalis.* vt ex text. *in leg. de hæreditate. 19. in princ. ff. de castr. pecul.* cum Simon de Pret. sic resolvit D. Castill. *d. lib. 5. p. 1. c. 102. num. 5.*

17 Por su testamento, y por todos los actos, que obrò en el vso, y disposicion de los bienes despues de la muerte de Doña Maria Feliciana su hija, Iuan de la Fuente Almonte, que se refieren *en el memorial num. 34. fol. 18. B.* declarò bastantemente su voluntad, y la de su muger, expressando, que avia sido limitada a Doña Maria Feliciana su hija, y a sus descendientes. Lo mesmo expressò Doña Maria de Verastigui siempre, como està probado, con que haze esta parte argumẽto de la fuerça de lo expresso en oposicion de lo tacito. El señor Molina quiere que ex vi verbi *maioratus*, el que lo funda, es visto que *tacitamente* llama, è incluye su familia, y parientes en la fundacion: estos Fundadores expressaron lo contrario, y que no era su voluntad, que en este vinculo sucediessen sus parientes, cessa pues lo tacito cõsiderando de lo expresso. *l. doli clausula 119. ff. de verb. oblig. l. sanctio legum 41. ff. de pæn.* Pet. Surd. *cons. 310. num. 14. & cons. 426. num. 30.* y con otros textos, y con infinitos Auctores el señor Castillo. *quotid. controv. lib. 4. cap. 17. num. 43. vers. Rursus, & tertiò.* ibi: *Quo circa, & consequentèr, expressum superare, sive facere silerè tacitum, apud interpretes nostros enunciatur frequentissimè, & per consulentes traditur quotidiè in varijs casibus.*

18 Sobre la questiõ del señor Molina los Auctores q̃ se deven seguir son los Fũdadores del vinculo, porque se trata de su voluntad q̃ no se puede poner en opiniones contra el dictamen q̃ tuvierõ. Este lo declarò Iuã de la Fuẽte Almõte por su testamẽto. *Et qui in tumulo quiescit tacitis de tabulis loquitur vivus.* Vt dicebat Optat. Milevit. *de schismat. Donatist. ad vers. Parmenian.* Y Ciceron *de invent. lib. 2.* dixo muy biẽ: *Non oportere de eius voluntate nos argumentari, qui ne id facere possemus, iuditium nobis reliquerit suæ voluntatis.* Y la de D. Maria de Verastigui està averiguada, y que ambos pudiessen declarar lo que deseavan se hiziesse de los bienes, en el caso de faltar su hija, y sus descendientes; si era lo que avian reservado hazer en la fundacion, no declararon nada contrario a lo escrito, antes bien en la abnegaciõ de la sucession de sus parientes, interpretaron contra el señor Molina, que no era su voluntad llamarlos, y lo era, que de los bienes se hiziesse el dicho Patronato. No ay pues razon para que interpretando, y declarando los Fundadores su voluntad, se falte a su intencion, por la observancia de la palabra general de *Maiorazgo* que se puso en la Fundacion. Y contra los que captan las palabras de las disposiciones, assi de ley como de hombre, contra la verdadera intencion del legislador, y de los Iuezes, y de los testadores, y de los contrayentes tambien, iustè invehitur Cicero *pro Cæcina*, sic: *Quæ lex, quod Senatus Consultum, quod magistratus ædictum, quod fœdus, aut pactio, quod (vt ad privatas res redeam) testamẽtum, quæ inditia, aut stipulationes, aut pacti, & conventi formula non infirmari, aut convelli potest, si ad verba rem deflectere velimus: consilium autem eorum, qui scripserunt, & rationem, & authoritatem relinquamus.*

En la duda pues que podia causar, por ser mayorazgo, la inclusion de la familia, no la opinion de los Autores, la sentencia si de los fundadores se ha de seguir: *Sententia eorum spectanda est*, que dize el texto *in l. in ambiguis 96. de reg. iur.* Esto aunque sea en contratos, si en las palabras dellos ay ambiguidad, ex altera regula iuris *in l. in stipulationibus. 34. ff. eodem.* D gna respuesta de Papiniano *in l. 219. ff. de verb. sign.* dum ait: *In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quàm verba spectari placuit.* Y mas aviendo sido esta fundacion por donacion que hizieron a su hija, y sus descendientes, los padres, que en acto tan voluntario no ay que hazer discursos contrarios a lo que ellos quisieron obrar, cuya intencion se deve seguir. Optimè Seneca *de benef. lib. 5. cap. 19.* ibi: *Sed vt dialogorum altercatione seposita, tanquam Iurisconsultus respondeam, mens spectanda est dantis: beneficium ei dedit, cui datũ voluit.* A la h ja, y a sus descendientes estendieron su voluntad, reservando la disposicion de los bienes en la contingencia de su falta los fundadores; no parece negable a estos la interpretacion de lo que quisieron hazer, tanto en la exclusion de los parientes, quanto en la disposicion reservada. Como en el pleito del Conde de Sastago, sobre fundacion de mayorazgo, por contrato irrevocable, se admitiò la declaracion de los Fũdadores en la generalidad de las palabras, apud Tiber. Decian. *tom. 1. resp. 7. ex n. 100.* Y en terminos mas apretados apud D. Larr. (quẽ prioribus curis adduxi) *decis. 33. maximè nu. 30. & 31. & ex nu. 64. vsque ad fin.* quibus si aliqui addendi, Burg. de Paz. *in leg. Taur. in proœm. n. 309. & n. 314.* Alvarad. *de coniect. ment. defunct. lib. 2. c. 2. n. 12.* inquiens: *Quinimo, & idem fundator maioriæ irrevocabiliter etiam factæ verba dubia suæ dispositionis declarare iure optimo poterit.*

20 Claro es que se instituyò *mayorazgo*: dudoso, y conjetural seria, si en esta palabra quisieron comprehender los fundadores a sus pariẽtes, si la fundacion se huviera quedado en terminos de las primeras vocaciones, sin aver hecho reserva. Quedò la duda en el vso de la reserva: y sobre que determinavan hazer en la disposicion de los bienes? vno, y otro està declarado en el testamento de Iuan de la Fuente Almonte, y provado con las deposiciones de los testigos de lo que siempre oyeron al susodicho, y a Doña Maria de Verastigui su muger. Bald. *in l. pen. n. 15. C. de impub. & alijs subst.* entre los tres modos de declarar la voluntad por interpretacion del fundador, presumpcion de la ley, o por vrgente disputa, defiere al primero anteponiendolo a los demas, porque es mas eficaz la declaracion, y glossa del que hizo la disposicion, que ninguno otro modo de interpretarla. *l. hæredes palàm. 21. § 1. ff qui testam. fac. poss. l. Scæuola. 76. ff. ad Trebel.* Bald. *cons. 458. n. 2. vol. 3.* Aim. Cravet. *cons. 105. nu. 2.* Mantic. *de coniect. lib. 3. tit. 2. n. 9.* cum alijs à Cap. Larr. *decis. 97. num. 57.*

21 No solo pues està provado, que declararon su voluntad siempre estos fundadores, pero àse hallado, y presentado en este juizio de la propiedad el poder que se refiere en el memorial *fol. 35.* que ad

 in-

inuicem se dieron Iuan de la Fuente Almonte, y Doña Maria de Verastigui su muger, para que el que superviviesse al otro testasse por èl: y cerca del mayorazgo que querian instituir, es amplissima la facultad, y para revocarlo, y disponer de nuevo, con las clausulas de libre arbitrio mas exuberantes. Cierto es, que no refiere esta comission, y facultad Iuan de la Fuente Almonte en su testamento, pero tambien lo es, que si para validacion de su disposicion necessitava del vso desta comission, se deve entender, que quiso vsar della, *ex text. in l. 3. ff. de testam. milit.* en cuya especie el que començò a testar *iure communi*, siendo soldado, como si no lo fuera, si ha menester su disposicion el privilegio, aunque parece averlo renunciado, testando como pagano, vence la presumpcion de que vno quiere testar del mejor modo, y con la facultad que tuviere por la qual no se subvierte, sino que valga su juizio. Este texto ha merecido la ponderacion de Paulo de Castro, y de Alexandro, con los quales, y con otros de igual autoridad, lo entendiò tambien Don Francisco Sarmiento en nuestros terminos de comission dexada en poder para testar, que valga el acto hecho por el que la tuviere, aunque no se haga en el instrumento mencion de la facultad. sic ille *de reditib. Ecclesiast. p. 4 cap. 4. n. 1.* con el mismo texto, y con los Autores Antiguos, y Modernos (licet immemor nostri Sarmiento) illustra esta conclusion el señor Valenç. Velazq. *1. tom. cons. 63. n. 70. & 71.*

22 Y aunque el señor Molina *de Hispan. primog. lib. 2. cap. 7. nu 69.* fue con la distincion de la sciencia, ò de la ignorancia de la facultad, en el que necessitava della para la validacion del acto, que obrava, estamos fuera de toda duda con aver otorgado ambos el poder, con que es precisa la sciencia de la comission de Doña Maria de Verastigui en Iuan de la Fuente Almonte. D. Castill. *quotid. controv. lib. 5. cap. 67. n. 60.* aunque etiam dada ignorancia de la facultad, defiende Sarmiento que vale el acto, *d. n. 1. in fin.*

23 No se puede dudar, que Iuan de la Fuente Almonte, luego que murio Doña Maria Feliciana su hija despues de la madre, y sin sucession, como quien sabia su propio hecho en la fundacion del vinculo, se tuvo por heredero de todos los bienes, y a ellos por libres. Como se prueva en nuestro primero informe, *ex num. 8. & ex num. 47.* pero como fiel amigo de la muger quiso que se guardasse su voluntad, siendo tambien la suya, que se fundasse el dicho Patronato. *Pios tamen filios debuisse manumittere eam, quam pater dilexisset,* determinò en vn abintestato el Emperador apud Paulum *in l. in testamento 38. ff. de fideicom. libert.* Screviale Plinio el segundo a vn coheredero suyo, sobre la voluntad imperfecta de la muger, que los avia dexado instituidos. *Confido accessurunt te sententiæ meæ, cum religiosissimè soleas custodire defunctorum voluntatem, quam bonis hæredibus intellexisse, pro iure est. Neque enim minus apud nos honestas, quam apud alios necessitas valet* Sic ille, *lib 4. epist. 10.* y este dictamen ya le avia manifestado, *lib. 2. epist. 16* Sat eleganter, sic: *Sed ego propriam quamdam legem mihi dixi, vt defunctorũ voluntates, etiam si iure deficerentur, quasi perfectas tuerer.* Y fue limitacion

de

de la inhumanidad de Caligula, que aviendo borrado, y hecho irrito el testamento de Tiberio el Senado de Roma concitado del Pueblo, hiziesse pagar los legados. Sueton. *in Calig. cap.16.* por no faltar à la voluntad de aquel difunto. Exornant Annæus Robert. *rer. iudicat. lib.1. cap.*10. D. Valenç. Velazq. 2. *tom. conf.*124.

24 Y de la probança que en este juizio de la propiedad ha hecho la Casa de la Misericordia resulta bastante respuesta a todos los textos que trae el señor Molina *dict. cap.*4. specialmente al texto *in l. cum proponebatur.*64. *ff. de leg.*2. porque lo que se propuso alli fue, que en vna scriptura de fideicomisso con llamamiento a muchos, *per errorem omissam substitutionem, quam testator in secundis tabulis, cum eosdem substitueret, expressit*, esta circunstancia, *per errorem omissam substitutionem*, en tanto grado falta en la hypothesis presente, que antes, no por error dexaren de substituir, y llamar a sus parientes Iuan de la Fuente Almonte, y su muger, sino porque no quisieron llamarlos al vinculo: & tantum abest, que procediessen hinconsultamente, y olvidados de su linage, que muy acordados hizieron la reserva contenida en la clausula, teniendo siempre intencion de que faltando sucesion, y descendencia a la hija, no avia de entrar pariente en los bienes, sino que dellos se avia de fundar Patronato, en cuyo favor antes es el texto en la respuesta de Papinian. *vtcumque precariæ voluntas quæreretur, coniectura potuit admitti*, pues aun por conjetura pareciendo, ò constando de la vltima voluntad, se deve executar, quanto mas aviendo provança tan llena de la que tuvieron Iuan de la Fuente Almonte, y su muger. La religion, y providencia de que el mismo Papin. alaba a su Principe *in l. vnum ex familia* 67 *§. fin. ff de leg.*2. en conjeturar, y tener por fideicomisso la voluntad que resultava de la clausula, en que dixo el testador: *Non dubitare in se, quodcum vxor eius cœpisset, liberis suis reddituram.* mas adaptable es a nuestro caso, pues en la fee *transacti matrimonij*, que dize el texto, no pudo deviar Iuan de la Fuente Almonte en su disposicion del conocimiento que tenia de la voluntad de su muger. Todos los demas textos (como se ha dicho en los primeros papeles) hablan en llamamiento generico de familia. *l. omnia* 32. *alias. l. cum ita legatur §. in fideicommisso. l. Peto* 60 *§ fratre, ff. de leg.*2. con todos los que trae el señor Molina, que de todos ellos la conclusion, y fundamento cardinal de su oposicion es, que ora expressa, ora conjeturada, siempre se ha de seguir, y executar la voluntad de los Fundadores del mayorazgo. Cediera pues tan gran Autor à la provāça hecha en este juizio, y en sus terminos no se apartara en la disposicion de los bienes del vinculo, de la volūtad de sus dueños.

25 Solo pensò que lo era Iuan de la Fuente Almonte, luego que murio su hija, porque ninguno sabia mejor lo que avian querido disponer el, y su muger, y assi posseyendo los bienes del vinculo en virtud de la reserva del vsufruto, que se avia puesto en la fundacion, pidio possession de los mismos bienes como libres, y como heredero de la hija, mudando la causa de su possession, vt diximus en el *primero papel num.*30. porque como dize en su testamento, la fundacion

fue

fue limitada a las hijas, y a su descendencia, que es declarar, que en dicha fundacion no se devia practicar la doctrina del señor Molina, ni entenderse perpetua, ni para su linage la sucessió en el vinculo, ni avia de ser llamado a èl ninguno de sus parientes; que tantas vezes repetia la dicha Doña Maria de Verastegui, como està probado en esta instancia, y juizio de la propiedad. Si ergò el señor Molina comiença la disputa *dict. cap* 4. diziendo: que es *de interpretatione dubiæ voluntatis*, falta razon de dudar a la question, si no se puede dudar de la voluntad de Iuan de la Fuente Almonte, porquè con sus palabras, y con sus obras, y finalmente con su testamento la manifestò: ni de la de Doña Maria de Verastegui, pues està averiguado, que siempre dixo, que el vinculo, no teniendo descendencia su hija, no avia de ser para ninguno de sus parientes, sino para vn Patronato en la Casa de la Misericordia,

26 Supuesta pues la manifestacion, y prueba de la voluntad de los fundadores, que fue de la limitacion deste vinculo a su hija, y descendientes, y no llamar a los deudos: en la misma hija muriendo sin sucession se acabò el vinculo, como lo dize su padre, y como lo avia manifestado la madre. Pero caso que durasse la fundacion, vsa Iuan de la Fuente Almonte de la facultad concedida a èl, y a su muger, y a qualquiera dellos por la primera clausula, y funda los dos mayorazgos, que avia hecho, el vno en Don Francisco Domonte Robledo, y el otro en Doña Brigida Domonte y Eraso, padres del dicho Don Diego, al tiempo de sus capitulaciones, en las quales se remite a su testamento, y dize son los mismos mayorazgos que dexava fundados el dicho Juan de la Fuente Almonte en dicho su testamento, cuya execucion previno en dichas capitulaciones. *l. si filia nupta.* 20 *§. si pater. ff. fam. ercisc.* ibi: *Non videri simplicem donationem, sed potiùs supremi iudicij divisionem, Papinianus ait.* mejor text. *in l. huiusmodi.* 84 *§. cum pater. ff. de leg.* 1. donde si se pide por legado lo que se avia mandado, y llevado por dote, se puede oponer la excepcion de dolo. *l. cum pater.* 29 *ff. de iur. dot* text. optim. *in l. filia.* 11. *C. de legat.* por los quales textos es conclusion magistral de los Antiguos, que no es donacion, sino legado la que se hizo (aunq sea inter vivos) remitiendose al testamento. Ant. Gom. *var.* 1. *tom. cap.* 11. *n* 4. *& in l.* 17. *Taur. n.* 24 que entiende Azevedo *in l.* 1. *nu.* 28. *tit* 6 *lib.* 5. *Recop.* sic: *Si commemoratione legati facta est donatio.* Y assi las dichas capitulaciones en quanto a los dichos dos mayorazgos, se deven tener por clausulas del testamento de Juan de la Fuente Almonte, por averse remitido a èl en dichas capitulaciones.

27 Nec congrua responsio est, el que sea posterior el testamento, porque està probado plenamente, que el dicho Juan de la Fuente Almonte hizo muchos testamentos cerrados, que por varios casos abriò, pero en todos siempre dexava la misma disposicion, y Patronato en la Casa de la Misericordia, y con las censuras se exhibieron por vn Religioso los que se refieren en el *memor. fol.* 34. *y* 35. y los demas està probado quedaron entre los papeles, y Doña Iuana de

To-

Torres, que viò los testamentos, y que estavan en vna gaveta, dize de hecho propio aver entregado las llaves al Racionero Don Gabriel Perez de Meñaca, Albacea del difunto, y supone que iva con dicho Don Francisco, como se asienta en el *memor. fol.47.B.* y se le ha pedido exhiba dichos testamentos, y demas papeles, pues no le tocan, *memor. fol.51.* Pero que sea posterior el testamento à las capitulaciones no obsta, porque lo fue tambien en los terminos de los textos que se han alegado, y resolucion de Antonio Gomez; como quiera que la capitulacion quita qualquiera duda: porque no solo es la donacion con relacion al testamento, sino que se dize, *Que no por dichas capitulaciones se ha de inovar cosa alguna en lo dispuesto, y ordenado en los dichos vinculos, y mayorazgos fechos en el dicho su testamento: porque en todo se ha de guardar, y cumplir segun y como en èl se contiene.* Consta à la letra en el *memor. fol.21.*

28 Bien se ajusta de lo actuado en este juizio, que respeto de no querer llamar al vinculo los dichos Juan de la Fuente, y Doña Maria de Verastigui a sus parientes, pusieron la clausula de la reserva, para disponer de los bienes en el caso de faltar la hija, y sus descendientes. Y probado, que no quisieron llamar à los deudos, falta todo el fundamento que de contrario se à puesto en la doctrina del señor Molin. *d.lib.1.dict.cap.4.* y proceden los que se han scrito por esta parte, specialmente en el *primero papel, cap.2.art.1.* porque no teniendo llamamiento expresso Don Diego Domonte, ni teniendole conjeturado, por estar probada la voluntad en contrario, corren las reglas de los textos *in l.qui solidum 78 § prædium, ff.de leg.2.& in l.pater filium.38.§.fin.ff.de leg.3 & in l.Lucius Titius.78.§.tres hæredes. ff. ad Trebell.* y los demas que hablan en voluntad limitada.

29 Estamos pues en juizio de propriedad, posseyendo la Casa de la Misericordia en execucion de la executoria por el testamento de Iuan de la Fuente Almonte, que aunque solemne, y justo, no tanto se deve conocer dél, quanto de la pretension de quien se le opone, que siendo contraria à la voluntad de ambos Fundadores, no se deve estimar, ex *opt.text.in l.pen.§.testamento facto. ff. secund.tabul.* ibi: *Non enim de iure testamenti maximè quæritur, sed de viribus exceptionis, quæ in hoc iudicio, quamquàm actori opponatur, ex persona tamen qui opponit, æstimatur.* & ibi Cuiac. *lib.13. quæst. Papin.* ait: *Agitur de bono, & æquo.* Y por esto solo se devè mirar, y atender la voluntad de quien dispuso de sus bienes. Sarmient. *select.lib.4 in l.placet.4.n.13.ff.de liber.& posthum.* haziendo el Patronato que ambos quisieron se hiziesse de sus bienes, que en propiedad se deve declarar pertenecer al dicho Patronato, ex dictis, & sequentibus.

CAPITVLO II.

Satisfacese à los nuevos medios que se oponen de contrario.

30 DIzese en la Alegacion tercera, que se à impresso en defensa de Don Diego Domonte y Eraso, que aunque tiene bastantemé-

te fundada su justicia en los dos Informes precedentes, vsara de otros medios, sobre que servirà el tercero papel: y mirados todos con deseo solo de responder à lo substancial, remitiendo el stilo, y palabras, quorum non sunt vindices, ni la Casa de la Misericordia, que en esta defensa solo trata de cumplir con la obligacion, en que por sus institutos se halla, y le puso quien le encargò la execucion de su voluntad, ni Iuan de la Fuente Almonte, *cui semper reverentia exhibenda est, tam vivo, quàm defuncto* (vt ait text. *in l.4. §. adversus.16. ff. de dol. mal. & met. excep.*) por los que para contradecir su testamento, viendo que dize Papiniano *in l. ex facto. 43 in princ. ff. de vulg.* que es iniqua intencion la del que intenta *Auferre testamenti factionem homini sanæ mentis*, no han dudado de que se imprima en dichos papeles, *Que se deve tener si no por loco de atar, por hombre sin razon, y leso el entendimiento.* Que assi se dize en la 3. *alleg. n.79.* y se repite en otras muchas partes de los dichos informes. Sed quid mirum, si en el primero *num.* 188. de censura del Apostol San Pablo, quieren que sea este difunto *infideli deterior*? Sed has nugas missas faciamus.

31 Lo substancialissimo todo deste negocio està en las clausulas que en el memorial se ponen à la letra. La vna *num. 7. fol. 4.* y la otra *nu. 11. fol. 5.* consta claramente, que la primera es specialissima para el caso, y contingencia de faltar la hija, y su descendencia. Porque como no hazian expressamente mas llamamientos que della, y de sus descendientes, trataron de reservar la disposicion de los bienes para la contingencia de la falta de los llamados. La otra clausula es general, *Para acrecentar, ò añadir, y para revocar los llamamientos hechos, gravar à la dicha Doña Maria Feliciana su hija, y demas llamados, quitar, ò reformar la fundacion, &c.* Tan diversas son estas clausulas, la vna en su specialidad, y la otra en su generalidad, quanto dista el querer, que no por falta de la hija, y de sus descendientes, quedassen los bienes sin disposicion, ò querer, que aunque se hazia la fundacion en favor de la hija, y de sus descendientes, toda via quedasse revocable. En la primera clausula dexan en facultad de qualquiera de los dos la disposicion, en la segunda clausula se ciñen diziendo: *Y toda esta dicha facultad, y reserva que hazemos, segun, y en la forma, y con las calidades que en este capitulo se refiere, la emos de tener ambos a dos juntos, &c.* La facultad que han de tener rodos juntos es la contenida *en este capitulo*, no trata de la que quedava reservada en el otro, de que podia vsar qualquiera dellos. Optimè vltra eos, quos prius adduximus, Donel. *in l. in stipulationibus commodissimum 53 ff. de verb. oblig.* ait: *Dicta quidem regula est ex hominum more & sensu, quorum in his, quæ agunt, ea mens & cogitatio esse intelligitur, vt aliquid agant, neve frustrà fecerint quid, aut sibi caverint: frustra autem de quibusdam specialiter sibi cavent, si volunt ea ad definitionem generalem, quam subijciunt, pertinere. Sed quia hæc mens non occurrit omnibus, cum in conectura voluntatis posita tantum sit, ideò satius est de eo ex regula iuris statui. Ea est autem: semper speciem ex genere eximi.*

Los

32 Los mas de los textos conque en nuestros escritos probamos, que estas clausulas eran diversas, y que abundando cada vna en su sentido, no era la segunda derogatoria de la primera, es cierto que se traen por Don Christoval de Paz *de tenut. 2. tom. c. 57. ex n. 156.* Y antes por todos los Interpretes que tratan desta regla, que es de ambos derechos, præsertim à Pet. Fabr. *in l. in toto* 80 *ff. de reg. iur.* vbi Iacob. Gotof. & à Pet. Pekio *in c. generi. 34. extrà eod.* prolixius à D. Cast. *quotidian. controverf. lib. 5. 1 p. c. 95.* vbi adducit locum Donell. qué laudavi, & plures & plura, vt solet.

33 Mas D. Christ. de Paz. *d. c. 57.* trata la question, si la clausula del testamento del señor Rey Don Enrique II. comprehende las donaciones que avia hecho antes con gravamen de vinculo? pone veinte y tres fundamentos, por la opinion de que la clausula por general no comprehenda las donaciones en que avia especial disposicion, *ex d. n. 156. vsque ad num. 237.* y desde el *n. 239. ad n. 249.* escrive doze fundamentos por la opinion contraria, siédo el principal, que el donador era el Rey, que pudo derogar en todo las donaciones, por ser en perjuizio de la Corona Real, y reducir sus contratos particulares a ley vniversal, que ligasse a todos los interessados, y puede ser, que por esto los señores Reyes Catolicos promulgassen, como promulgaron por ley, la clausula del testamento del señor Rey D. Enrique, & est *l 11. tit. 7. lib. 5. Recopil.* Y tan grande fundamento obligò a este Autor, aunque con el miedo que reconoce *num. 294. verf. hæc sunt, Lector optime.* a estar por la segunda opinion, que teniendo tã peculiar, y potissimo fundamento, en nada influye la resolucion de aquella question para la deste pleito.

34 Y lo aplicable deste lugar no consiste, sino en que assi en los fundamentos de la primera opinion, como en la respuesta à los de la segunda, và Don Christoval de Paz con los textos que citamos en el primer informe *ex num. 66* y en el segundo *ex num. 59.* y conclusiones firmes, la vna de que la clausula general no deroga la anterior special en su caso *l. coheredi. 41. §. patrem. ff. de vulg* cum alijs adductis à nobis *dict. n. 65.* & à Paz *dict. n* 156. La otra, de que las clausulas no se confunden vnas con otras, ni se derogan, si la vna puede consistir sin lesion de la otra. ex Paulo de Castro, & alijs gravissimis Consulentibus Paz *num.* 160.

35 Y poniendo por octavo fundamento de la segunda opinion Don Christoval de Paz *num. 245.* el texto *in l. libertis quos.* 18 *ff. de aliment. & cibar. legat.* lo compone con los demas ex Bart. sic: *Duo itaque debent intervenire ad hoc, vt dispositio specialis præcedens derogetur per clausulam generalem sequentem. Primum, vt preferatur in diversis scripturis. Secundum, vt sit ob eamdem causam.* Idé Paz *num. 284.* dize, que no solo es de Bartulo esta distincion, *sed quod eam sequantur omnes Scribentes.* En el caso del señor Rey D. Enrique la clausula no fue en las donaciones, sino en scriptura separada, que fue su testamento, con que no tiene que ver con nuestro caso, en que ambas clausulas se contienen en vna scriptura, en que ni se presume olvido, ni animo de corregir, ni emẽdar lo dispuesto,

y con-

y consiguientemente no se deroga por la clausula posterior. *Paz num.250.* ni tampoco son las dos clausulas, como en la del señor Rey D. Enrique, à vna causa, y fin: porque como emos dicho, & patet ex eis, la primera fue para la disposició de los bienes en la contingencia de faltar la hija, y sus descendientes, y la segunda contiene facultad para revocar en todo el mayorazgo, en perjuizio de los llamados, q̃ eran la hija, y sus descendientes. Y basta solo el que ambas disposiciones se contengan en dos capitulos, ò clausulas distintas, pero ambas en vn instrumento, para que ni la general derogue a la special, ni esta a la otra en su generalidad, sino que obren ambas en sus casos. optimè D. Castill. *vbi suprà dict. cap.95. num.42.* ibi: *Nec generalis dispositio trahitur ad ea, in quibus facta est in alio capite specialis provisio, quando vtrumque in suo capite verificari potest.* que comprueva con el texto *in l. fin. ff. de dot. præleg.* & Bartholi, & variorũ Consulentium authoritate.

36 Y esta regla, y resolucion obra igualmente en los contratos. *l. stipulationis commodissimum.53. ff. de verb. oblig.* vbi Donel. quo cum & alijs innumeris D. Castill. *d. cap.95. n.22.*

37 Sin que obsten los textos *in l. pacta conventa. 72 ff. de contrah. empt. l.2. ff. de rescind. vendit.* que de contrario se citan, porque no negamos, que se deve estar à la perfeccion del contrato, y siendo de venta, si la variacion de los contrayentes consiste en la diferencia del precio, bien puso Papiniano la duda, *in dict. l. pacta conventa,* diziẽdo: *Quoniam emptionis substãtia constitit ex precio:* y para aver novedad, notò Paul. que avia de ser, *si omnibus integris manentibus, de augendo, vel diminuẽdo pretio rursum convenit, recessum à priore contractu, & nova emptio intercessisse videtur.* La misma imperfeccion de contrato para tener por infecta la venta, supone el texto, *in dict. l.2.* Cuyas decisiones no son aplicables al caso desta fundacion, y mas lo es otro texto que de contrario se alega, *in l. non ad ea 88. ff. de cond. & demonſ.* en que hablando de disposicion en vn instrumento, para que la vltima clausula derogue la primera, dize el texto, que ha de ser con commemoracion della, porque como no se deve presumir, que incontinenti vno muda de voluntad, assi no se entiende derogar lo que acaba de dezir, ni aversele olvidado. Y que este texto proceda en contratos, lo prueba con innumerables Autores el señor Castillo *quot. controv lib.4. cap.37. n.17.* quem iam adduximus prioribus vigilijs. Si el texto es contra esta parte, como de contrario se dize, non illius, Superiorum sit iudicium.

38 Todos quantos textos se alegan de contrario proceden en clausulas ex diametro contrarias, y que ambas no pueden subsistir igualmente: porque no puede ser, que valgan dos clausulas en vn mismo testamento, la vna en que se dexa la libertad a Sticho, y la otra en q̃ este mismo sclavo se lega à Titio. *l. servum filij 44. §. si idem servus. ff. de leg.1. l. qui testamento.37. ff. de leg.2.* menos pueden consistir, ni compadecerse dos instituciones, vna condicional, y otra pura en vn mismo sugeto. *l. si ita scriptum.67. ff de hær. inst.* Pero todo esto, como se reconoce de contrario, procede en clausulas totalmente

in-

incompatibles, y en que no se dé diversidad de casos, a que cada vna se pueda aplicar, ni sea dable concordia en los dos capitulos, o clausulas. vt passim Auctores, præcipuè Decius *in l. vbi repugnãtia.* 188. *ff. de regul. iur.* que recogiendo lo que avia propuesto dize: *Et quæ supra dicta sunt de contrarietate procedunt, quando est præcisa contrarietas, quæ tolli non potest, secùs si removeri potest distinguendo: quia dispositio si fieri potest, ita intelligi, & interpretari debet, nè contradicat.* Y para que esto proceda tambien en los contratos trae Decio la doctrina de Bart. *in l. final. § idem quæsijt. ff. de cond. indebit.* & ne alterius laborum plagio notemur, novissimè hæc exornantur à Roxas *de incompatib. p. 4. cap. 5.* vbi *num. 9. & num.* 10. trae las dos specialidades que se hallan en este negocio, para entender la diversidad de las Clausulas, y que por no ser incompatibles, pudo vsar de la facultad de la primera Iuan de la Fuente Almonte. Scilicèt por aver manifestado su animo, y por estar averiguado el de su muger. Y que la voluntad de ambos fue, que se obrasse lo que el susodicho vino a disponer por su testamento. Y como ex Cravet. Surd. & alijs intert. *num.* 11. en pudiendo evitar la perplexidad, y contrariedad de las disposiciones, dividiẽdo los casos de las Clausulas, se deve hazer, como en nuestro caso lo hizo el dicho Iuan de la Fuente Almonte, vsando de la facultad que se avian dexado a qualquiera de los dos, si esto fuesse necessario para la validacion de su testamento. Sat ergo repetitum, que en estas dos Clausulas se dà diversidad de casos, no contrariedad de disposiciones, porque la primera trata de la facultad *de disponer de los bienes, en caso que faltassen los llamados, que eran la hija, y sus descendientes.* Y la segunda es de general, y absoluta facultad, *para revocar la fundacion, y los dichos llamamientos, gravar à la hija, &c.* De modo, que la primera es solo para la contingencia de la falta de la hija, y su descendencia; y la segunda es omnimoda facultad de revocar la fundacion.

39 En estas Clausulas pues, no ay la repugnancia intolerable, ni la simultanea incompatibilidad que ponderava Peralta (alegado de cõtrario) *in l. siquis in principio num. 99. ff. de leg. 3.* sino dos capitulos faciles de concordar en sus disposiciones, y casos diversos para que se ordenaron. A que son aplicables las palabras del mismo Autor, *nu. 98.* que explicandose, y explicando todo quanto de contrario se ha querido escrivir en la question de clausulas encontradas, dize: *Quod tamen debet sanè intelligi (vt suprà non semèl tetigi) procedere, quando ambæ dispositiones, tam præcedens, quàm subsequens, sunt adeò contrariæ, & incompatibiles, quod nequeunt aliquo fœdere concordiæ conciliari, nam in dubio, ita facienda est interpretatio, vt dispositiones concordent, ac se se ad invicem compatiantur.* Si en la duda pues de si ay encuentro en las clausulas, se han de interpretar, que subsista cada vna en su disposicion, siendo esta question de voluntad *l. cohæredi. 41. § patrem. ff. de vulgar.* decidida està en el testamento de Iuan de la Fuente Almonte, cuya fue la voluntad que se ha querido poner en question.



40 No el valor de medios suele ser argumento de seguridad en el

intento, y assi no teniendola de los primeros el contrario, añade en este vltimo papel seis medios, que qualquiera dellos que fundara, nos huviera dado cuidado, pero son tan duros aun en su proposició, que sin ningun riesgo se podian dexar sin respuesta. En ella se propondràn, por abreviar mas este informe.

41 EL PRIMERO se intitula. *Que no tuvo reserva Iuan de la Fuente Almonte, ni facultad para alterar el mayorazgo.* La prueba es dezir, q̃ ò se hizo el mayorazgo en virtud de la ley 27. de Toro, o por la facultad Real.

42 Vtinam interrogare liceret, quid ad rem istud dilemma? porque si por las leyes del Reino se haze la institucion de mayorazgo, por ellas pueden en la fundacion los que la hazen reservar el poder, y facultad para revocarla. *l. 17. l. 44. Taur.* si fundan con facultad Real, y esta tiene la clausula que tuvo la en virtud de que se hizo el vinculo de que se trata en este pleito procede lo mismo. ex textu expressissimo *in dict. l. 44. Taur.* cum hisque longa manu dicta sunt en el primero informe desta parte. *c. 2. art. 2.* assi en la primera clausula, como en la segunda, se contienen las reservas. En la vna, *Para la disposicion de los bienes en la contingencia de faltar los llamados, que eran la hija, y sus descendientes.* Y en la segunda, *Para revocar los llamamientos, gravar à la hija, y revocar en todo el vinculo, &c.* como pues sera dable en el Derecho de España, y en los terminos de dichas clausulas, que faltasse la reserva?

43 Y aunque este medio se pone por nuevo, viene a insistir en lo tratado en los papeles, specialmente *en el segundo desta parte art. 1.* donde sat (nisi fallimur) demonstratum est, que el dicho vinculo se hizo en virtud de la facultad Real, y aunque dizen los otorgantes: *Y assimesmo vsando de lo que por pragmaticas, y leyes destos Reinos se nos concede.* Esta clausula nada pone en el ser de la fundacion, porque *vt ibi num. 25* dicebamus ex D. Molin. *de Hisp. primog. lib. 2. cap. 3. n. 8.* fundando los padres de consentimiento del hijo, la facultad Real sirve de darle al acto toda firmeza.

44 Sin que sea aplicable lo que se dize, de que se à de entender hecha la fundacion *ex l. 27. Taur.* para lo qual se trae á este pleito la question, si cae la mejora en el hijo vnico? En la qual duda, aunque D. Francisco Sarmiento *lib. 8. select. in l. vnum ex familia, §. si de Falcid. n. 12. ff. de leg. 2.* diga, *Quòd non ineptè loquatur* Parladorus *quotid. lib. 1. cap. 7.* sin que passe a hazer juizio de su resolucion, porque no era del punto que disputava: como quiera la verdadera, y comunissima opinió es, que no cabe mejora de tercio en el hijo vnico, porque el mejorar supone comparacion *inter non pautiores, quam duos. vt ait text. in l. vtrum 9. ff. de adsignan. libert. & in §. datur. inst. eod.* fuera de que el tercio, en quanto al hijo vnico, es porcion de la legitima, que lo es suya todo el patrimonio de los padres, excepto el quinto: y assi si le dexaren el quinto, en èl, como a qualquier estraño, podràn poner el gravamen que quisieren, no en el tercio, como tampoco en lo demas de la legitima: *Idque verissimum, & apud omnes Hispanos Scribentes absque controversia, receptum est*

in

in maioria ex tertia bonorum portione instituta, in maioratu autem ex quinta bonorum portione facto, absolutissimum est in persona filij vnici fieri posse: dize el señor Molina *de Hisp. primog. lib. 2. cap.* 11. *n.* 3. de sentir del señor Gregorio Lopez, del señor Covarr. de Antonio Gomez, y demas Autores del Reino, & post eos D. Castill. *quotid. controv. lib. 2. cap. 23. per totum.* y en los demas lugares que lo cita, y otros Autores, tambien Roxas *de incompatib. p. 1. cap. 13. num. 13.*

45 Con este Moderno se nos dize de contrario, que cae mejora de tercio y quinto en el hijo vnico, si èl consiente, y tambien si ay facultad Real. Y ni el Moderno dize nada de nuevo, ni es del pleito lo q̃ èl dize: porque el señor Molina *dict. cap. 11. n. 3. & nu. 10.* dixo muy bien, que podia el padre en virtud de facultad Real hazer mayorazgo en el hijo vnico del tercio de sus bienes: porque si la facultad es para poderse vincular toda la legitima, menos serà vincularle el tercio: *Id namque operatur Regia facultas, vt in casu in quo ex legibus Regijs gravamen maioratus apponi non poterat, ipsius facultatis virtute tolleretur, vt ex verbis eiusdem apparet. Ideòque ex diversitate rationis de facultate legis ad facultatem Principis argui non potest.* ait D. Molin. Y assi en quanto al tercio aconseja, que el padre vse de la facultad Real: porque de no hazerlo, sino de la legal como esta, no se estienda, ni se pueda entender en el hijo vnico, peligrarà la disposicion, vt anteà præ dixerat *eod. lib. 2. cap. 2. n. 11. vers. Prima quando.*

46 Sed his iniustè moramur, porque Iuan de la Fuente Almonte, y su muger no mejoraron a la hija, ni le vincularon el tercio de sus bienes, ni de mejora, ni de tercio se halla clausula, ni palabra en la fundacion. Con que todo lo discurrido de contrario en este medio, nec iure constat, nec in facto subsistit.

47 EL SEGVNDO medio es: *Que no pudo Doña Maria de Verastigui dar facultad a su marido para revocar.*

48 Bien parece que se respondería a este medio con las palabras de la facultad Real, ibi: *Y para que vos los dichos Iuan de la Fuente Almonte, y Doña Maria de Verastigui, en vuestra vida, ò al tiempo de vuestro fin, y muerte: ò vos el dicho Iuan de la Fuente Almonte, alcançando de dias à la dicha Doña Maria vuestra muger, cada, y quando que quisieredes, podais quitar, corregir, revocar, y enmendar el dicho mayorazgo, y los vinculos, y condiciones con que lo hizieredes, en todo, ò en parte, y deshazerlo, y tornarlo a hazer de nuevo, vna, y muchas vezes, y cada cosa, y parte dello à vuestra voluntad, que nos por la presente lo aprobamos, y avemos por firme, rato, grato, estable, y valedero, y desde aora lo avemos por puesto en esta nuestra carta.*

49 En verba legis, por las quales no necessitava Iuan de la Fuente Almonte de la facultad, y comission de su muger, para obrar lo que dispuso, vt iam dictum *in nostra allegat. c. 2. art. 2. num. 57.* de quo amplius *infrà* en la respuesta al 3. y al 4. medio. Y si no avia menester la comission de su muger, el articulo no tiene importancia.

50 Pero para fundar este segundo medio, se embaraza el contrario en

vna

vna question tan vulgar como estraña del caso deste pleito; scilicet: si es cessible, ò transmissible la facultad de eleccion? y dize, que es decisiva del caso presente la *decision* 18. de Antonio Gama, esta se trae por el señor Castillo. *quotid. controv. lib. 5. p. 1. c. 87. nu.* 18. en oposicion de otra *decision* 206. del mismo Gama, en que dize que la facultad de elegir, passa a todos los sucessores. Y en la primera se determinò, que la eleccion no passava al heredero del heredero de aquella muger que dexò sus bienes al pariente mas cercano, si su hermano a quien instituia por heredero, no los aplicasse á alguna Hermandad, y obra pia, no hizo la aplicacion el hermano, y su heredero queria vsar de la facultad contra text. *in l. vnum ex familia* 67. *§. rogo. ff. de leg.* 2. y contra la distincion comun que repite el señor Molina *de Hisp. primog. lib.* 2. *c.* 4. *n.* 61. que si la facultad compete iure proprio es transmissible, secùs si alieno.

51 Y para arrastrar tan impropio discurso à nuestra specie, se dize de contrario, que *iure alieno*, competiò esta facultad, porque fue en virtud de la de su Magestad, siendo assi, que para explicar los miembros de la distincion Bartulo repetidamẽte, *in l. si stipulatus fuerim.* 76. *num.* 5. *ff. de verb. oblig* & *in l. illud.* 19. *n.* 2. *ff. de opt. legat.* dize: *Facultatem eligendi iure suo habere, qui eligit ad sui commodum, & vtilitatem: iure alieno, qui ad commodum & vtilitatem alterius.* vt refert Nicol. Noalis *de transmis. c.* 36. *n.* 1. Vease pues si era proprio, ò ageno derecho de ambos Fundadores, lo que ad invicem se cometian, y reservavan.

52 Pero no estamos en esta question, en la qual aun es limitacion que ponen los Addicionadores al señor Molina, *d. lib.* 2. *c.* 4 *ad n.* 63 *in fine.* en la facultad concedida para hazer mayorazgo que se puede cometer, como lo enseña el señor Molin. *in annotationib. post tract. num.* 9. y sobre este principio son las disputaciones de Mier. *de maiorat.* 1. *p. q.* 48. *ex princ.* & D. Castil. *quotid. controv. lib.* 4. *c.* 36. *nu.* 1. vt fideliter adducuntur ab Add. *d. num.* 63. sin que en los Tribunales aya tenido estimacion la singularidad de Arias de Mesa. *var. lib.* 2. *c.* 26. *& duob. seqq.* que refiere tambien Olea. *de ces. iur. tit.* 3. *q.* 1. *nu.* 44. Y assi pudo muy biẽ Doña Maria de Verastigui dar la comission, y recibir la que le dava Iuan de la Fuente Almonte, en el poder que ad invicem se otorgaron, y se ha referido, *suprà cap.* 1. Y pudieron tambien en la Clausula de que se trata reservar en qualquiera de los dos, la disposicion de los bienes, para el caso de faltar la hija, y sus descendientes.

53 EL TERCERO medio tiene por titulo: *Que no pudiera Doña Maria de Verastigui revocar este mayorazgo siendo viva, aunque subsistiera la primera Clausula, ni Iuan de la Fuente Almonte en virtud della pudo revocarle por averse fundado por contrato, y aceptadolo.*

54 Para fundar este medio se inculca, y repite mucho de lo que se avia dicho. Y antes se traen algunos fragmentos de la scritura de la fundacion, y en ninguno se hallarà *pacto de no revocar*, porque por èl se intenta fundar el medio, ex D. Molin. *de Hisp. primog. lib.* 4. *c.* 2.

ex

ex num. 45. y sus sequaces apud D. Larr. *decis.* 57. *nu.* 5. inter quos D. Castil. (aunque en otras partes) nullibi extensiùs quàm *in addit. ad cap.* 80. *lib.* 5. *quotid. controu.* 1. *p.*

55 Y remitiendo el discurso desta question à pleito en que sea necessario tratar della, saltêm sit permissum referir lo que dixo muy biê Angulo *de meliorat. in l.* 1. *glos.* 8. *nu.* 8. que si solo el pacto de no revocar bastava para hazer irrevocable el mayorazgo contra la naturaleza de revocable, que le dàn las leyes de Castilla: *Omnis huius legis* (*scilicet legis* 17. *Taur.* quæ est *l.* 1. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recopil.*) *labor, & ambages supérflui essent, & de nihilo deservirent.* Y no dandole à la fundacion de mayorazgo hecha por contrato irrevocabilidad las leyes 17. y 44. de Toro, màs que en los casos que en ellas se expressan, se inventa este nuevo caso, y se añade a los de las leyes, que suponiendo contrato, suponian regularmente su irrevocabilidad, y obligacion de guardarle los contrayentes. optimè Barbos. *in l. quæ dotis.* 34. *nu.* 116. *ff. sol. matrim.* y que la opinion sea ex diametro contra las dichas dos leyes de Toro nervosè defendit Mieres *de maiorat.* 1. *par. q.* 30. *ex núm.* 6.

56 Pero de todas las palabras que se trasladan de la escritura al papel, ò alegacion 3. de Don Francisco Dononte, no se puede assentar, que aya en la fundacion pacto de no revocar: porque no lo es la obligacion de aver por firme el contrato, y de no lo reclamar, y contradecir, que es pacto expresso de no contravenir al contrato, y no es lo mismo este pacto, que el de no revocar. Y entre ellos, siguiendo a Baldo, hizo distincion el señor Molina *dict. cap.* 2. *n.* 46. que dize, que la tiene por verdadera, y juridica. Porque *qui promissit non contravenire, non alium contractum facere videtur, sed ea donatione stante, illi non contravenire promittit, non autem dicitur venire côtra donationem causa mortis, qui illam revocat, cum id ex propria natura procedat.*

57 Con esta doctrina de Baldo, y palabras del señor Molina, se responde al Medio, pero con mayor convencimiento si se advierte, que en la dicha fundacion no solo no huvo pacto de no revocarla, si no las dos reservas de ambas clausulas, que cada vna en su caso es para revocar la fundacion, la primera para el caso de morir la hija sin descendencia, y la segunda para aun viviendo la hija. Y quando la casan los padres, en las capitulaciones matrimoniales, aunque la dotan cô este mayorazgo, y se le prometen, dizen que esto sea *con las mismas reservas que en el dicho vinculo se contienen, sin que por esta constitucion de dote se entienda, que han de quedar mudadas todas, ni alguna dellas en manera alguna,* como consta del instrumento, y lo notàvamos 1. *allegat. n.* 7.

58 Que importara pues (pregunta muy bien Avendaño *in l.* 44. *Tauri glos.* 19.) que la fundacion aya sido por contrato, ni que la aya aceptado la hija, si conteniendo estas reservas, con ellas se entiende la irrevocabilidad, y la aceptacion, por hazer, como hazen, condicional el contrato las reservas. *l. contra iuris.* 28. §. *fin. cum l. seq. ff. de pact. l. Gaius Seius.* 13. *ff. de manumis.* Mieres *de maiorat.* 1. *part. q.* 26.

q.26.ex nu.115. exornat D. Valenç. Velazq. (iam à nobis adductur) *1.tom.conf.63.ex num.32.* que concluye contra este medio, que el ser contrato irrevocable, y la aceptacion dél se deve entender, y procede con sus reservas, y condiciones.

59 Pero la question del señor Molina, y los demas, y el medio que de contrario se intenta, tienen diferentissimos terminos; los de la question son, si el mayorazgo, que por su naturaleza es revocable, se hará irrevocable con el pacto de no revocar, como la donacion causa mortis, que por el dicho pacto passa a otra specie. *l. ubi ita donatur. 27. ff. de mort. cauf. donat.* El medio es en terminos desta fundacion, en q̃ no solo no ay pacto de no revocarla, sino antes las dichas reservas, y facultad en qualquiera de los casos dellas para revocar la fundacion.

60 EL QVARTO medio es: *Que no se concediera la facultad, menos que llamando los Fundadores à sus deudos.*

61 EL QVINTO dize: *Que por la facultad que tuvieron devieron llamar los parientes.*

62 Junto ambos medios, quarto, y quinto, por ser vna la respuesta, y el proponerlos por nuevos medios, no ha sido mas sino por repetir lo que ya en los primeros papeles quedava dicho; porque en nada se ha insistido mas de contrario, que en querer fundar obligacion de llamar a este vinculo los parientes. Lo que se añade es, que esta obligacion la tenga tambien su Magestad. Quo nihil absurdius. Porque Iuá de la Fuente Almonte, y su muger, obligados por derecho, y leyes destos Reinos à dexar libres, y sin ningun vinculo, ni gravamen sus legitimas a Doña Maria Feliciana su hija, a quien no podian mejorar en el tercio, y por este medio vincularle la mejora, por ser hija vnica (vt diximus) acudieron al Legislador, para que derogando estas leyes, les permitiesse vincular en la hija los bienes que quisiessen. Dioles para ello su Magestad su Real facultad, con clausulas tan exuberantes como ponderavamos *2. alleg. art. 1.* Pero en esto el Principe no dispone, sino permite. *l. 4. §. fin. ff. de manum. vindict.* cum aliis iuribus, & à D. Molin. *de Hisp. primog. lib. 2. cap. 2. nu. 7.* & à D. Christ. de Paz *de tenut. 2. tom. cap. 57. n. 262. vers. diversum.*

63 Alegase de contrario la ley de las 12. Tablas, que se refiere *in § si plures. instit. de legitim. agnat. succes.* cuya verdadera letra es: *Si intestatus moritur, cui suus hæres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto.* vt referunt Balduin. Ant. August. Iacob. Revar. & cæteri huiusce literaturæ Auctores. Y yo la he puesto para convencer la mala junta que del dicho *§. si plures* se haze en la alegacion de Don Francisco Domonte con el texto *in l. 1. § si filius. ff. de suis, & legitim.* cuyas palabras son: *Si filius suus hæres esse desijt, in eiusdem partem succedunt omnes nepotes, neptesque ex eo nati, qui in potestate sunt. Quod naturali æquitate contingit*, queriendo fundar proposicion, quæ à sæculo non est audita, scilicet, *Que de Derecho natural se deve la herencia al pariente.* Y que en el tal Derecho natural, y en el de las Gentes, y en el Civil se funda, que si le dixeran a su Magestad, Iuan de la Fuente Almonte, y su muger, que avian de excluir

a los

a los parientes, no les daria facultad.

64 Bien ocioso es responder a esto, porque la facultad se pidio para lo que no podian hazer, que era vincularle a la hija vnica los bienes de sus legitimas, en falta de la hija, y de sus descendientes, no necessitavan sus padres de facultad para disponer de sus bienes, por la ley antigua de Solon, que los diez Varones reduxeron a las doze Tablas, y dize: *Vti quisque legaßit rei suæ, ita ius esto* (refertur *in l.1. ff. ad leg. Falc. & in l. verbis legis.120. & in l. lege obuenire.130. ff. de verbor. sign.* & varijs in locis in iure nostro.) Ganò Solon mucho aplauso con esta ley, como dize Plutarco: *Benè audijt, laudemque consecutus est lata lege de testamentis: antea enim testari non licebat: sed necesse erat pecuniam, & domum in familia defuncti permanere. At Solon permittens, vt is cui liberi non essent sua quibus vellet, legaret: amicitiam consanguinitate, gratiamque necessitate potiorẽ habuit bonorumque, & fortunarum integram possessionem dominis tribuit.* Assi lo traduce Balduino *ad leges Romuli in l.26.*

65 Esta libertad de disponer, y testar de los bienes si que es de Derecho natural, y con encarecimiento lo dize Baldo *in l. in lege 12. Tabularum.14. C. de legit. hæred.* dum ait: *Facultatem hanc, & libertatem, quæ debetur defunctorum vltimæ voluntati, magis accedere iuri naturali, quam successionem filiorum.* Esta comparacion no se vencerà de contrario, y por ella, y por el comentario que se à referido de Plutarco à la ley testamentaria. Lo primero, es la disposicion libre de los bienes, lo segundo la sucessiõ de los hijos. Pero en la de los parientes solo no aviendo disposicion alguna podran entrar, pero en la que huviere serà siempre primero que ellos el afecto, y la gracia, antes que la sangre, ni el deudo.

66 Aun en la misma materia de mayorazgos el señor Molina, aũque considera por el lustre de las familias, que conviene à la causa publica la institucion de los mayorazgos, en el caso de faltar à los fundadores descendencia, dize: *Quamvis in hac specie militet illa vniversalis Hispanorum primogeniorum causa, non tamen adeò vrget in his, qui legitima descendentia carent: primogeniumque ipsum in transversalibus agnatis, vel cognatis, vel etiam in extraneis facere volunt: prout in his qui in legitimis descendentibus nomen, ac memoriam propriæ familiæ perpetuam efficere cupiunt, ad idque efficiendum primogenia constituunt.* Sic ille *de Hisp primog. lib.2. cap.1.n.18.* que es el caso mismo que pensaron Iuan de la Fuente Almõte, y su muger, y perpetuar su memoria en la hija, y sus descendientes, sin acordarse de linage, ni de familia. Que (vltra de todo lo que emos escrito) es la distincion con que se dize, que el Consejo Supremo de Iusticia, à entendido los lugares del señor Molina, que siendo la institucion hecha por conservacion del linage, y familia, se suplan las vocaciones: pero fundandose para los hijos, y descendientes, y limitandose a ellos los llamamientos, si ay facultad de nombrar, esta no adstringe à vocacion precisa en los de la familia, y se pueden nombrar estraños della. *ex l. cum quidam.24 ff. de legat.2.* Et sic à Supremo Senatu decissum die 19. Novemb. ann. 1664 refert Modern.

dern. *ad Dom. Molin. lib. 2. cap. 5. num. 4. & 5. in fin.*

Sed vt receptui canamus, repitiendo el principio, no huvo en la 64
fundació cortedad de llamamientos, reserva si para si ellos faltassen, y que qualquiera de los Fundadores dispusiesse del mayorazgo, y de los bienes en las personas, obras pias, y con las divisiones, &c. sæpè sæpius repetitum, desta facultad vsò Iuan de la Fuente Almonte, *non vt mente læsus, non vt bellua, non vt infidelis*, vt ab Adversarijs improperatur, sino como Christiano, como entédido, y como Cavallero. Su disposicion devia ser ley precisa a sus deudos, Auth. *de nuptijs, § secundum vero. collat.* 4. no solo estimarla, pero nada deven pretender contra ella. D. Paul. *ad Galat.* 3. ibi: *Hominis testamētum morte confirmatum nemo spernit, aut superordinat.* antes para su execucion se juntan ambas potestades de la tierra Pontificia, y Regia: *l. hæreditas.* 50. *in fin. ff. de pet. hæred.* text. opt. *in l. essa* 8. *in princ. ff. de relig. & sump. funer.* porque *publicè expedit suprema hominum iudicia exitum habere.* text. *in l. vel negare.* 5. *ff. testam. quē-* 65
adm. aper. & omnes exclamãt *in l. 1. per text. ibi, C. de sacros. Eccles. & in c. vltima voluntas.* 13. *q.* 3. Y a la vtilidad publica toca la conservacion, y execucion de las vltimas voluntades, vt ex Bart. & Bald. & ex nostris, & ex politioribus D. Valenç. Velazq. 2. *tom. cons.* 124. *ex num.* 23. Donde con testimonio de ambos derechos concluye, que en caso de duda se ha de sentenciar segun el testamento, y como se execute la voluntad vltima, *l. si pars.* 10. *in princ. ff. de inof. testa. cap. fin. de sent. & re iud.* Maxime componiendose de obras tan santas, y pias, por las quales ex Papiniano *in l. sunt personæ* 43. *in fin. ff. de relig. & sump. funer.* es summa la razon que les assiste, y por ella esperamos obtener. Salva Illustrissimi Senatus Superiori iudicio. His- 66
pali postridie Kalend. Novemb. Anno 1670.

Lic. D. Francisco Ortiz de Godoy.